**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance**

Los contratos de colaboración tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo recibirán, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 92 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista.

**DECRETO 92 de 2017 – Criterios – Aplicación**

[…] no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 92 de 2017 no es únicamente el carácter de las ESAL sino el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Multiplicidad de sujetos – Límites legales**

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio. Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», la o las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cuál asociarse».

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Régimen jurídico**

El Decreto 092 de 2017 estableció el régimen aplicable a los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro y particularmente en el artículo 8 señaló que, además de las reglas contenidas en esa disposición, se rigen por las normas generales aplicables a la contratación pública que regulen aspectos no contenidos en el Decreto. De modo que el régimen general de estos convenios lo constituyen las normas generales de contratación pública y además las reglas especiales contenidas en este Decreto, que se aplicarán preferentemente a las normas generales.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN** **– Exigibilidad – Garantías**

El reglamento guardó silencio sobre la obligatoriedad de prestar garantías en convenios de asociación, por lo cual la solución interpretativa a este problema jurídico encuentra respuesta en lo establecido en el aparte final del parágrafo del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, que faculta a la entidad para exigirla en aquellos eventos en los que no es obligatorio prestarla, por lo cual, en el caso de los convenios de asociación con ESAL se puede dar aplicación al aparte referido, bajo el entendimiento de que la entidad podrá exigirla cuando así lo establezca, teniendo como criterio para determinar lo anterior la naturaleza del objeto del convenio y su forma de pago.

Bogotá D.C., **15/04/2020 Hora 16:15:10s**

**N° Radicado: 2202013000002708**

Señor

**Julio César García**

Sabaneta, Antioquia

**Concepto C ─ 155 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto y alcance – Multiplicidad – Límites legales / DECRETO 92 de 2017 ― Criterios – Aplicación / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN― Multiplicidad de sujetos y límites legales/  CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ― Régimen jurídico/  CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ― Exigibilidad de garantías |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000001536 |

Estimado señor García:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 28 de febrero de 2020.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: «Mediante la celebración de un convenio de asociación, ¿es viable la solicitud de pólizas (garantías de diferente tipo)? lo anterior surge por la inexistencia de norma expresa que indique si hay lugar a estas para este tipo de convenios?»

1. **Consideraciones**

**2.1. Los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998**

La Agencia Nacional de Contratación Pública―Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad [desde ahora ESAL], en los conceptos del 30 de agosto y el 20 de diciembre de 2019 ─Radicados Nos. 2201913000006394 y 2201913000009467─ y, recientemente, en los conceptos C-081 y C-094 de marzo de 2020 ─Radicados Nos. 4202012000000585 y 4202013000000755─, por lo que en esta ocasión se reiteran dichas consideraciones.

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-2).

Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96[[2]](#footnote-3), permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

El Gobierno nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 92 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2º del Decreto 92 de 2017, mientras que los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem* aplican para ambos tipos de convenios. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017[[3]](#footnote-4).

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de interés público previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo recibirán, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 92 de 2017 la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, es decir que el programa o actividad a desarrollar esté dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o ejecuta obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Sistema de Compra Pública. Solo cuando se reúnan estas condiciones será procedente la celebración de contratos de colaboración; de lo contrario se deberá aplicar las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, adicionalmente se requiere de previa autorización expresa del representante legal de la entidad estatal.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»[[4]](#footnote-5).

En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes[[5]](#footnote-6).

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio[[6]](#footnote-7). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», la o las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse»[[7]](#footnote-8).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que «la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación». Así lo establece la «Guía para la Contratación con Entidades sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad», elaborado por esta entidad. Según dicha Guía, la «Entidad Estatal no está obligada a hacer un proceso competitivo, pero debe garantizar que hace una selección objetiva en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación». La entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el artículo inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

En suma, de acuerdo con los criterios de la Guía antes mencionada, «[l]as Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017». En todo caso, «el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública».

Por otro lado, para el manejo financiero y presupuestal de los contratos del Decreto 92 de 2017, aplica lo mismo que para otros negocios jurídicos que celebre el Estado regulados por la Ley 80 de 1993. Se precisa que las entidades estatales pueden pactar las condiciones de desembolso que sean más convenientes, pues el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone, sobre el convenio, que las partes «determinará[n] con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes». Con todo, la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, expedida por Colombia Compra Eficiente, recomienda desembolsos condicionados, con el fin de evaluar el desempeño de la ESAL y la efectividad del programa de interés público:

El artículo 355 de la Constitución Política también puede ser utilizado para implementar estrategias innovadoras de apoyo a causas sociales o para financiar actividades de las ESAL como los denominados «bonos de impacto social». Esa herramienta de cooperación entre el sector público y el privado está diseñada para que las Entidades Estatales sólo desembolsen los recursos públicos cuando se obtengan resultados medibles y evaluables, en otras palabras, el desembolso de recursos públicos está sujeta a la condición que la ESAL efectivamente alcance las metas establecidas en el contrato. El uso de esa herramienta incrementa la eficiencia, innovación y la eficacia para resolver los problemas sociales a través de recompensar sólo los resultados positivos, elimina la intervención pública en los procedimientos de la ESAL y al mismo tiempo se reducen los Riesgos para los recursos públicos porque los financiadores privados los asumen.

Es importante aclarar que los negocios jurídicos que regula el Decreto 92 de 2017 «[…] son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el estatuto de contratación y[, como tal,] no hacen parte del sistema de compra pública. […] De acuerdo con lo anterior, si la entidad estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una [ESAL], debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 92 de 2017»[[8]](#footnote-9). Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[9]](#footnote-10):

Como ya se indicó, el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista.

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para «impulsar» programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública.

De acuerdo con lo anterior, no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 92 de 2017 no es únicamente el carácter de las ESAL sino el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, en la que sostuvo lo siguiente:

Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales.

*Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado*. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación. (Cursivas propias)

Lo anterior se justifica en que la principal característica de las ESAL es la ausencia de lucro, es decir, las ganancias o beneficios económicos no están destinados a repartirse en favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio. Con todo, las ESAL sí pueden participar en igualdad de condiciones en procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los documentos del proceso.

Los convenios de asociación no procuran utilidades para la ESAL, pues en dicho caso se trataría de un contrato en el que se debe remunerar al contratista por los servicios prestados, el cual, por eso mismo, tiene un régimen legal distinto.

**2.2. Exigibilidad de garantías en convenios de asociación celebrados entre entidades públicas y ESAL**

El Decreto 092 de 2017 estableció el régimen aplicable a los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro y particularmente en el artículo 8[[10]](#footnote-11) señaló que, además de las reglas contenidas en esa disposición, se rigen por las normas generales aplicables a la contratación pública que regulen aspectos no contenidos en el Decreto. De modo que el régimen general de estos convenios lo constituyen las normas generales de contratación pública y además las reglas especiales contenidas en este Decreto, que se aplicarán preferentemente a las normas generales.

En este mismo sentido, la Guía para la Contratación con Entidades sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública. **―**Colombia Compra Eficiente indicó que en estos procesos se aplican las normas contenidas en el Decreto 092 de 2017 y las generales de la contratación pública. Al respecto expuso:

En general el Decreto 092 de 2017 señala que la contratación a la que hace referencia dicho Decreto está sujeta a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, excepto en lo reglamentado expresamente en él, por lo cual las Entidades Estatales pueden usar las reglas que aplican en otros Procesos de Contratación para salvar los vacíos del Decreto 092 de 2017.

Por tanto, el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 constituye una regla de remisión expresa a las normas generales de la contratación pública para regular los aspectos no reglamentados en dicha disposición para los convenios de asociación suscritos entre una entidad estatal y una entidad sin ánimo de lucro.

De modo que, para resolver problemas jurídicos relacionados con los convenios de asociación citados, el intérprete de la norma deberá en primer lugar, consultar las disposiciones contenidas en los artículo 5, 6 ,7, 8, 9 y 10 del Decreto 092 de 2017, y en caso de que no encuentre normativa que regule el tema particular, deberá, en segundo lugar, por aplicación del artículo 8 del decreto, remitirse a las normas generales de contratación pública que regulen dicho tema.

En este orden, para aproximarnos a la respuesta a su consulta, es pertinente verificar en primer lugar, si en las normas contenidas en el Decreto 092 de 2017 se reguló el régimen de garantías para los convenios de asociación y en caso de que no exista dicha regulación, en segundo lugar, por aplicación del artículo 8 del Decreto 092 de 2017, nos remitiremos a las normas generales de contratación estatal para contestar su inquietud.

Para el análisis de lo anterior, es pertinente señalar que las normas contenidas en el Decreto se remiten al régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, exigen la aplicación de los principios de la contratación estatal y las normas presupuestales a estos convenios, y establecen la obligatoriedad de publicar en SECOP, la exclusión de inscripción en el RUP para estas modalidades de contratación. Sin embargo, el Decreto 092 no contiene disposiciones relativas a las garantías que deben tomarse para la celebración de convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro.

En atención a que el Decreto no reguló el régimen de garantías para los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, por aplicación del artículo 8 del mismo Decreto, deben aplicarse las normas contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, particularmente lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007[[11]](#footnote-12). Esta norma establece los eventos en que deberá prestarse garantía y aquellas circunstancias exceptuadas de esta obligación. Al respecto, indica que además de los casos contemplados en ella, el reglamento también definirá dichas circunstancias. A este respecto la norma señaló:

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Nótese que la norma establece que no serán obligatorias las garantías en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contrataos inferiores al 10% de la menor cuantía. En esta enunciación no se relacionan los convenios de asociación con ESAL. A pesar de ello, las entidades estatales, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y en especial, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 80, que establece que «En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración», podrían, a partir del análisis de riesgos, exigir que la ESAL constituya garantías para amparar las obligaciones estipuladas en el contrato.

1. **Respuesta**

«Mediante la celebración de un convenio de asociación, ¿es viable la solicitud de pólizas (garantías de diferente tipo)? lo anterior surge por la inexistencia de norma expresa que indique si hay lugar a estas para este tipo de convenios? »

En atención a que el Decreto 092 de 2017 no reguló el régimen de garantías para los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, por aplicación del artículo 8 del mismo decreto, deben aplicarse las normas contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, particularmente lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007. Esta norma establece los eventos en que deberá prestarse póliza de garantía y aquellas circunstancias exceptuadas de esta obligación. En aquellos eventos no mencionados por dicha norma –como el caso de los convenios con ESAL regulados en el Decreto 092 de 2017–, las entidades estatales, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y en especial, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 80, que establece que «En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración», podrían, a partir del análisis de riesgos, exigir que la ESAL constituya garantías para amparar las obligaciones estipuladas en el contrato.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nina María Padrón Ballestas  Contratista |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-2)
2. «Articulo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

   » Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes». [↑](#footnote-ref-3)
3. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: «[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017». [↑](#footnote-ref-4)
4. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-5)
5. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, expedido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-6)
6. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:

   «16.9 Uniones temporales y consorcios conformados por entidades sin ánimo de lucro

   »El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-7)
7. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-8)
8. Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047. [↑](#footnote-ref-9)
9. Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández [↑](#footnote-ref-10)
10. Decreto 092 de 2017. ARTÍCULO 8o. APLICACIÓN DE NORMAS GENERALES DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto. [↑](#footnote-ref-11)
11. Esta norma dispone: «Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

    »Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

    »El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

    »El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

    »Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

    »Parágrafo Transitorio. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes». [↑](#footnote-ref-12)